

1 | Universele dienstverplichtingen: moreel tegenwicht van technische liberaliseringswetgeving?

I.S.J. Houben[■]

1 INLEIDING

Deze bijdrage gaat over universele dienstverplichtingen. Toch begin ik met een citaat over een ander onderwerp: de dienstenrichtlijn, ook wel genoemd de 'Bolkestein-richtlijn'. Het citaat betreft de volgende verklaring uit de Conclusies van het Voorzitterschap van de Europese Raad van 23 en 24 maart 2006:¹

'57. Onder verwijzing naar zijn conclusies van maart 2005 en de conclusies van de Raad Concurrentievermogen van 13 maart 2006 benadrukt de Europese Raad dat de interne markt voor diensten volledig operationeel moet worden gemaakt, terwijl het Europees sociaal model behouden moet blijven door te zorgen voor een brede consensus over de dienstenrichtlijn. (...)'

In de *editorial comments* van de Common Market Law Review wordt hier kritisch op gereageerd:²

'At first sight this statement of the European Council may seem to provide a nicely balanced summary of the diverse interests involved in the legislative process of this high profile directive. Upon closer inspection, this anodyne conclusion is yet another example of the perfect double speak with which the members of the highest institution of the EU try to suggest that adherence to conflicting goals in the Community is perfectly possible without sacrificing in any way the focus of the objectives.

How different is the political reality in the face of the difficult policy choices that need to be made in the context of the comberstone gestation process of what came to be known as the Bolkestein directive.

■ I.S.J. Houben is universitair hoofddocent bij de afdeling burgerlijk recht, Universiteit Leiden. Met dank aan mr. drs. H.P.A. Knops voor het toezenden van de recente publicatie over publieke dienstverplichtingen in de EU in het algemeen en in de energiesector in het bijzonder: H. Knops, P.J. Slot, K. Wilkeshuis & H. de Jong, 'Public service obligations: how to realise their potential in the European energy industry?', in: *Proceedings of the 29th IAEE International Conference*, 7-10 June 2006, Potsdam, Germany, International Association for Energy Economics: Cleveland OH 2006.

1 <http://europa.eu/european_council/conclusions/index_nl.htm> onder Conclusies van het voorzitterschap.

2 Editorial comments, *CML Rev* 2006, p. 307-308.

(...) The proposal (...) quickly became the focus of ire of all those on several sides of the political spectrum denouncing its anti-social market nature. The proposal became one of the main symbols for the “non” and “nee” voters in French and Dutch referenda last year.’

Waarom een citaat over de dienstenrichtlijn in een bijdrage die niet over die richtlijn gaat? De relevantie betreft ten eerste de constatering dat sprake is van tegenstrijdige doelstellingen, een probleem dat later in deze bijdrage zal terugkeren. Ten tweede is de tegenstand die wordt gesignaleerd tegen de ‘anti-social market nature’ van de richtlijn en de verbinding met de verwerping van het grondwettelijk verdrag in de referenda in Frankrijk en Nederland relevant. Het gaat om een weerstand die meer of minder recent ten aanzien van vele onderwerpen in de EU de kop op steekt en die mijns inziens alles te maken heeft met het onderwerp van deze bundel: techniek en moraal. Er is sprake van een wijdverbreid verzet tegen de technocratische regelgeving in de EU. Een verzet dat leidt tot een roep om een bezinning op de morele kanten van de regelgeving, op de grondslagen van het recht.³ Eén van de vrij algemeen ondersteunde interpretaties van het Franse en Nederlandse ‘nee’ is dan ook dat de kiezers de EU beschouwen als neoliberal en onvoldoende sociaal.⁴

Eén van de andere belangrijke uitingen van verzet tegen een technocratische aanpak van het recht in de EU, is de roep om een Europees contractenrecht dat gefundeerd is op gedeelde beginselen. Deze roep is een reactie op de door de Commissie uitgebrachte mededeling over dit onderwerp.⁵ In deze mededeling ziet men een – wederom – instrumentele aanpak om te komen tot een geharmoniseerd Europees contractenrecht, daar waar een inhoudelijk debat over gemeenschappelijke grondslagen van het contractenrecht gewenst wordt.

Universele dienstverplichtingen zijn in dit verband volgens mij interessant, omdat het recht met betrekking tot deze verplichtingen reeds een ontwikkeling heeft doorgemaakt van hoofdzakelijk technocratische regelgeving naar een bezinning op de achterliggende waarden ervan.

3 Vgl. E. Szyszczak, ‘Public service provision in competitive markets’, *Yearbook of European law* 2001, Oxford: Oxford University Press, p. 38; L. Flynn, ‘Competition policy and public services in EC law after the Maastricht and Amsterdam Treaties’, in: D. O’Keefe & P. Twomey, *Legal issues of the Amsterdam Treaty*, Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing 1999, p. 188 en 198.

4 Dit geldt voor Frankrijk; zie V. Hatzopoulos, ‘A (more) social Europe: a political crossroad or a legal one-way? Dialogues between Luxembourg and Lisbon’, *CML Rev* 2006, p. 1599; en – wellicht in iets mindere mate – ook voor Nederland; J.C. Piris, *The Constitution for Europe. A legal analysis*, Cambridge: Cambridge University Press 2006, p. 19-24. Volgens Hatzopoulos is dit oneerlijke kritiek, omdat de EU juist recentelijk verantwoordelijkheden op sociaal gebied heeft aanvaard.

5 Mededeling van de Commissie aan het Europees parlement en de Raad. Een coherenter Europees verbintenissenrecht. Een actieplan, COM(2003)68 def.

Universele dienstverplichtingen zijn in eerste instantie tot ontwikkeling gekomen als neveneffect van het liberaliseringsproces dat binnen verscheidene, voorheen veelal monopolistische, sectoren in de EU gaande is. Te denken valt aan de energiesector, de telecommunicatiesector en de postsector. Europese richtlijnen dwingen tot liberalisering van deze voorheen monopolistische markten. Deze wetgeving is te beschouwen als ordeningswetgeving en in die zin als techniek. Als reactie op, en in samenhang met, deze technische liberaliseringswetgeving heeft de figuur van de universele dienstverplichtingen in Europa sterk aan invloed gewonnen.

Universele dienstverplichtingen hebben betrekking op diensten van algemeen belang, die voor iedere burger in de Europese Unie tegen een redelijke prijs beschikbaar zouden moeten zijn. In dezelfde richtlijnen als waarin de genoemde markten worden geliberaliseerd, worden ook deze diensten aangewezen, waarvan de voorziening ondanks de liberalisering gegarandeerd moet blijven. Deze beweging kan niet alleen vanuit een perspectief van marktwerking worden verklaard: een markt kan prima functioneren terwijl een gedeelte van de potentiële klanten niet wordt bediend. Het gaat hier echter om een sociaal en moreel aspect: het is niet aanvaardbaar dat binnen de EU burgers niet tegen een betaalbare prijs de beschikking over elektriciteit of telefoon zouden hebben.

De instrumentele ordeningswetgeving blijkt dus morele tegenkrachten op te roepen. De ontwikkeling van het concept van universele dienstverplichtingen en diensten van algemeen belang is een voorbeeld van een terugkerend thema in het proces van de ontwikkeling van de EU. Het gaat om het zoeken naar een evenwicht tussen overwegingen die gebaseerd zijn op de markt en overwegingen die meer te maken hebben met cohesie en sociale solidariteit.⁶

2 OMSCHRIJVING UNIVERSELE DIENSTVERPLICHTINGEN

2.1 Inleiding; terminologie

Een universele dienstverplichting is een verplichting die op een onderneming wordt gelegd om zorg te dragen voor bepaalde diensten van algemeen of publiek belang.⁷ Er zijn verschillende termen voor dit publiek belang in omloop. De Commissie heeft in 2003 een Groenboek over diensten van algemeen belang uitgebracht, in 2004 gevolgd door een Witboek.⁸ In het Groenboek

6 Vgl. M. Ross, 'Article 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation?', *European Law Review* 2000, p. 34.

7 In deze paragraaf heb ik gebruik gemaakt van passages uit mijn dissertatie: I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, p. 41-45.

8 COM(2003)270 def. Zie eerder reeds de mededeling van de Commissie: De diensten van algemeen belang in Europa (*PbEG* 1996, C 281/3), resp. COM(2004)374 def.

wordt aangegeven dat het begrip ‘dienst van algemeen belang’ is ontleend aan de term ‘algemeen economisch belang’. Deze term verwijst naar diensten van economische aard, waarvoor de lidstaten of de Gemeenschap op grond van een criterium van algemeen belang openbare dienstverplichtingen van toepassing verklaren.

De begrippen ‘universele dienstverplichting’ en ‘publieke dienstverplichting’ worden in de EG-richtlijnen als synoniemen gebruikt.⁹ Zo wordt in de post- en telecomrichtlijnen over universele dienst gesproken,¹⁰ in de elektriciteitsrichtlijn over zowel openbare dienstverplichting als universele dienst¹¹ en in de gasrichtlijn over openbare dienstverlening, openbare dienstverplichting en zelfs openbare dienstverleningsverplichting.¹² In het eerdergenoemde Groenboek en Witboek van de Commissie over diensten van algemeen belang wordt gesproken over openbare dienstverplichtingen.¹³

In het vervolg van deze bijdrage zal ik steeds de term ‘universele dienstverplichting’ hanteren. Voorts is van belang te weten dat een eenduidige definitie van ‘diensten van algemeen belang’ niet bestaat; de discussie in Europa gaat onder andere juist over de betekenis en reikwijdte van dit begrip. Ik vat de ‘universele dienstverplichting’ op als een onderdeel van de dienst van algemeen belang. ‘Dienst van algemeen belang’ is dus het overkoepelend begrip, dat meer omvat dan ‘universele dienstverplichtingen’.

2.2 Ontwikkeling universele dienstverplichtingen

Om te komen tot één gemeenschappelijke markt in de EU voor bijvoorbeeld elektriciteit of telecommunicatie, heeft de Commissie richtlijnen per sector uitgevaardigd: de zogenoemde ‘sectorspecifieke regulering’ of ‘sectorspecifieke wetgeving’. Van oorsprong worden universele dienstverplichtingen door deze sectorspecifieke wetgeving opgelegd, omdat concurrentie en de vrije markt niet altijd voor voldoende voorzieningszekerheid van bepaalde goederen of diensten zorgen.¹⁴ Telefoon, gas en elektriciteit zijn essentieel voor het dagelijks leven en als de concurrerende markt deze diensten niet levert aan degenen die zich op een locatie bevinden die niet interessant is voor het bedrijf dat levert, of aan degenen met een beperkt inkomen, dan is regulering noodzakelijk

9 P.J. Slot & A. Skudder, ‘Common features of community law regulation in the network-bound sectors’, *CML Rev* 2001, p. 121; W. Devroe, ‘Universele dienstverlening’ als nieuwe manier van denken?, *SEW* 2000, p. 85-86. H. Knops e.a. 2006, par. 3, omschrijven de universele dienstverplichting als een speciaal type publieke dienstverplichting.

10 Resp. richtlijn nr. 97/67/EG (*PbEG* 1998, L 15/4) gewijzigd bij richtlijn nr. 2002/39/EG (*PbEG* 2002, L 176/21), zie m.n. art. 7 en richtlijn nr. 2002/22/EG (*PbEG* 2002, L 108/51).

11 Richtlijn nr. 2003/54/EG (*PbEG* 2003, L 176/37), m.n. art. 3.

12 Richtlijn nr. 2003/55/EG (*PbEG* 2003, L 176/57).

13 Resp. COM(2003)270 def. en COM(2004)374 def.

14 Voor deze paragraaf heb ik ten dele geput uit mijn dissertatie, Houben 2005, p. 43.

om tenminste het minimumpakket aan diensten veilig te stellen.¹⁵ Het is daarom logisch dat het belang van de universele dienstverplichtingen toeneemt met de liberalisering van verschillende sectoren.¹⁶ Door het opnemen van universele dienstverplichtingen worden extra waarborgen ingebouwd, omdat men bang is dat de vrije markt niet genoeg garanties biedt. Dit is ook nodig gebleken om tegenstanders van liberalisering over de streep te trekken.¹⁷

De universele dienstverplichtingen hebben tot doel overal en voor iedereen de toegang tot bepaalde wezenlijke prestaties van goede kwaliteit en tegen betaalbare prijzen mogelijk te maken. Het zijn diensten die de samenleving zo essentieel acht, dat zij ook moeten worden geleverd aan die afnemers aan wie een winstgevende levering tegen een betaalbare prijs niet mogelijk is.¹⁸

Zo is bijvoorbeeld de aansluiting op een vaste telefoonlijn een universele dienstverplichting, die is geregeld in een Europese richtlijn¹⁹ en vervolgens is geïmplementeerd in Nederlandse wetgeving. Artikel 3 van de richtlijn bepaalt dat de lidstaten ervoor zorgen dat onder meer de aansluiting op een vaste telefoonlijn met een nader gespecificeerde kwaliteit en tegen een betaalbare prijs beschikbaar is voor alle eindgebruikers op hun grondgebied, onafhankelijk van de geografische locatie. De lidstaten mogen zelf de meest efficiënte en geschikte wijze kiezen om te waarborgen dat in de universele dienst wordt voorzien, met inachtneming van de beginselen van objectiviteit, transparantie, niet-discriminatie en evenredigheid. De lidstaten dienen verstoring van de markt, met name het aanbieden van diensten tegen prijzen of onder andere voorwaarden die afwijken van normale commerciële voorwaarden, tot een minimum te beperken.

Vervolgens is ook geregeld dat de lidstaat een onderneming aanwijst, die deze universele dienstverplichting moet uitvoeren (artikel 8). Artikel 9 van de richtlijn bepaalt dat de nationale regelgevende instanties toezicht houden op de tarieven voor de eindgebruiker van diensten die onder de universele dienstverplichtingen vallen en door de aangewezen onderneming worden verstrekt. Daarbij kan ook worden verlangd dat bepaalde diensten tegen lagere

15 Groenboek Commissie over diensten van algemeen belang, COM(2003)270 def., punt 1.2.

16 Groenboek Commissie over diensten van algemeen belang, COM(2003)270 def., inleiding en punt 1.1 en 2.

17 Devroe 2000, p. 85 en 92. P.D. Cameron, *Competition in energy markets: law and regulation in the European Union*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 160, vermeldt bijv. dat met name het Europees Parlement heeft aangedrongen op het opnemen van universele dienstverplichtingen in de elektriciteits- en gasrichtlijnen.

18 Devroe 2000, p. 82; p. Nihoul & p. Rodford, *EU electronics communications law. Competition and regulation in the European telecommunications market*, Oxford: Oxford University Press 2004, p. 500.

19 De universele dienstrichtlijn uit het 'telecompakket' van vier richtlijnen, richtlijn nr. 2002/22/EG (*PbEG* 2002, L 108/51).

tarieven worden aangeboden dan de gebruikelijke commerciële voorwaarden.²⁰

KPN Telecom is momenteel in Nederland aangewezen als aanbieder van de universele dienst spraaktelefonie. Artikel 9.1 Telecommunicatiewet bepaalt hierover:

‘De volgende diensten zijn voor iedere eindgebruiker, onafhankelijk van diens geografische locatie, tegen een betaalbare prijs en met een bepaalde kwaliteit beschikbaar:

- a. het naar aanleiding van een redelijk verzoek aansluiten op het openbare telefoonnetwerk op een vaste locatie en het bieden van toegang tot de openbare telefoondienst op een vaste locatie;
- b. openbare betaaltelefoons;
- c. gedrukte telefoongidsen;
- d. elektronische telefoongidsen, en
- e. een abonnee-informatiedienst. (...)’

Universele dienstverplichtingen hebben in nationale rechtsstelsels gevolgen voor het contractenrecht. De bovenstaande bepaling uit de Telecommunicatiewet leidt onder meer tot contractdwang voor de aanbieder van de universele dienst, KPN Telecom. Dit bedrijf mag namelijk in beginsel niet weigeren te contracteren met de afnemers van de universele dienst.²¹

2.3 Algemene kenmerken universele dienst

In de geliberaliseerde sectoren blijken de diensten van algemeen economisch belang gemeenschappelijke elementen te bevatten. *Universaliteit* is het eerste kenmerk dat alle universele dienstverplichtingen, onafhankelijk van de sector waarin ze voorkomen, met elkaar gemeen hebben. Het tweede gemeenschappelijke kenmerk is dat de *continuïteit* van de voorziening moet zijn gegarandeerd. Ten derde wordt een bepaalde *kwaliteit* van de dienst voorgeschreven. Ten vierde dient de dienst *betaalbaar* te zijn en tot slot wordt overal aandacht besteed aan *gebruikers- en consumentenbescherming*. Het gaat hierbij niet alleen om diensten die in geografisch opzicht voor eenieder in de EU beschikbaar moeten zijn, maar nadrukkelijk ook om de sociale component van de toegankelijkheid: ook voor burgers met een laag inkomen moet de betreffende dienst

20 De omvang van deze universele dienstverplichting is onlangs door de Commissie geëvalueerd: Mededeling Commissie april 2006, COM(2006)def. De conclusie is dat een wijziging van de omvang van de universele dienstverplichting nu niet nodig is.

21 Bij de invloed op het contractenrecht zal ik in deze bijdrage niet uitgebreid stilstaan; ik volsta met een verwijzing naar mijn proefschrift, dat hier voor een aanzienlijk deel aan is gewijd: Houben 2005.

beschikbaar zijn.²² In die zin wordt ook wel gewezen op het gelijkheidsbeginsel dat aan universele dienstverplichtingen mede ten grondslag zou liggen.²³

2.4 Afsluitend

Het begrip universele dienstverplichting is steeds belangrijker geworden naarmate de liberalisering van markten als energie en telecommunicatie vorderde.²⁴ Het volgende citaat van de Commissie geeft deze ontwikkeling weer:²⁵

‘28. Het begrip universele dienstverlening houdt het streven in om overal te zorgen voor diensten van goede kwaliteit tegen voor allen betaalbare prijzen. De criteria voor de universele dienstverlening berusten op de volgende beginselen: gelijkheid, universaliteit, continuïteit en aanpassing, en op degelijke gedragslijnen: transparantie van het beheer, de tarifiering en de financiering, controle door instanties die los staan van het bedrijfsleven. Aangezien deze criteria in hun geheel op nationaal niveau niet steeds voorhanden zijn heeft de invoering ervan via de Europese universele dienstverlening geleid tot ontwikkeling van de diensten van algemeen belang’ (cursivering IH).

Het gecursiveerde deel benadrukt dat het concept universele dienstverlening tot ontwikkeling is gekomen via de sectorspecifieke regelgeving en dat vervolgens wordt getracht er een meer algemeen begrip van te maken en op zoek te gaan naar de achterliggende waarden van het concept universele dienstverplichting. In het kader van het thema van deze bundel zou dit kunnen worden samengevat als: eerst een instrumentele benadering en daarna, en in reactie daarop, een morele benadering. In de volgende paragrafen wordt hier nader op ingegaan.

3 UNIVERSELE DIENSTVERPLICHTINGEN ALS TEGENWICHT VAN LIBERALISERINGSWETGEVING

3.1 Inleiding; sectorspecifieke regulering

Zoals in het voorgaande aangegeven, is de universele dienstverplichting opgekomen met de liberalisering van met name de ‘netwerkgebonden sectoren’: energie, telecommunicatie, openbaar vervoer. De vroege aanpak in de EU was

22 T. Prosser, *The limits of competition law. Markets and public services*, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 176; Szyszczak 2001, p. 59.

23 Szyszczak 2001, p. 59.

24 Devroe 2000, p. 84.

25 Mededeling Commissie. De diensten van algemeen belang in Europa (*PbEG* 1996, C 281/3).

om universele dienstverplichtingen te zien als een hindernis bij de verwezenlijking van de interne markt. Vanuit het perspectief van de mededinging geldt namelijk dat universele dienstverplichtingen alleen zouden moeten worden opgelegd als er een reëel probleem van uitsluiting dreigt, omdat zij aan mededinging aan de weg kunnen staan. De uitvoering van de universele dienstverplichting hoeft niet winstgevend te zijn en 'cherry picking' door andere bedrijven ligt dan op de loer. Vaak wordt daarom een exclusieve bevoegdheid toegerekend aan de onderneming die de universele dienst uitvoert en soms wordt van andere bedrijven een vergoeding gevraagd. Dergelijke maatregelen leiden tot beperking van de mededinging.²⁶ Daarbij komt dat wat betreft de universele dienstverplichtingen de lidstaten over het algemeen nogal wat vrijheden hebben om te bepalen om welke verplichting het precies gaat, wat redelijke voorwaarden zijn en wie de kosten ervan moet dragen.²⁷ De universele dienstverplichting hoeft dus niet in iedere lidstaat dezelfde invulling te hebben. Ook dat kan de marktwerking in een sector ongunstig beïnvloeden.

Voorzieningen die een speciale behandeling van de betreffende diensten mogelijk maakten, werden daarom restrictief geïnterpreteerd. Meer recent, en vooral sinds het Verdrag van Amsterdam, is meer erkenning ontstaan voor de waarde van publieke diensten,²⁸ ook onafhankelijk van hun eventuele effect op de mededinging. In de volgende paragrafen wordt nader op deze ontwikkeling ingegaan.

3.2 Algemeen mededingingsrecht: artikel 86 lid 2 EG-verdrag

Naast de sectorspecifieke wetgeving, is ook het algemeen mededingingsrecht van belang geweest in de ontwikkeling van universele dienstverplichtingen. Met name artikel 86 lid 2 EG-verdrag is relevant:

'De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, vallen onder de regels van dit Verdrag, met name onder de mededingingsregels, voorzover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap.'

26 Devroe 2000, p. 92; B. Doherty, 'Just what are essential facilities?', *CML Rev* 2001, p. 397-398.

27 Vgl. aangehaald Witboek, punt 4.3 en aangehaald Groenboek, punt. 3.1. en 4.1. Vgl. echter Szyszczak 2001, p. 77, die van mening is dat de Commissie en het Hof weliswaar lippen-dienst bewijzen aan de vrijheid van de lidstaten om publieke diensten te definiëren, maar dat veel van die vrijheid illusoir is.

28 Prosser 2005, p. 121.

Op grond van deze bepaling is veel jurisprudentie verschenen, waar ik in deze bijdrage niet uitputtend op inga.²⁹ Ik wil in dit kader vooral benadrukken dat artikel 86 lid 2 de mogelijkheid biedt een uitzondering te maken op de kern van het mededingingsrecht: artikel 81 (kartelverbod) en artikel 82 (verbod op misbruik van economische machtspositie) EG-verdrag. Om die reden wordt de bepaling restrictief geïnterpreteerd door de Commissie en het Hof van Justitie.³⁰ Artikel 86 is ook op die wijze geformuleerd: het stelt voorop dat een dienst van algemeen economisch belang onder de regels van het verdrag valt.³¹

Er is echter een verschuiving opgetreden in de behandeling van diensten van algemeen economisch belang in het licht van artikel 86 lid 2 EG-verdrag. Het Hof van Justitie gaf in een aantal zaken (over gas- en elektriciteitsmonopolies) aan, dat het overleven van de onderneming zelf niet bedreigd hoeft te worden om beperkingen op de mededinging te rechtvaardigen.

‘(...) Derhalve moet worden geconcludeerd dat het voor niet-toepasselijkheid van de verdragsregels op een onderneming belast met een dienst van algemeen economisch belang ingevolge artikel 90 lid 2 (nu: 86 lid 2, IH), van het verdrag, volstaat dat de toepassing van die regels de vervulling, in feite of in rechte, van de aan die onderneming toevertrouwde bijzondere taak verhindert. Het is niet noodzakelijk, dat de onderneming in haar bestaan wordt bedreigd.’³² Bovendien hoeft niet te worden aangetoond dat er geen andere denkbare mogelijkheden zijn om de doelen van algemeen belang te vervullen, als de lidstaat argumenten kan aanvoeren die het handhaven van exclusieve rechten kan rechtvaardigen. Dit wordt geïnterpreteerd als een verruiming van de opvatting van het hof, in die zin dat er meer erkenning is gekomen voor de waarde van de publieke dienst.’³³

De Altmark uitspraak uit 2003 is ook een belangrijk markeerpunt in deze ontwikkeling. Het hof aanvaardde daarin dat financiering ter compensatie van openbare dienstverplichtingen geen staatssteun is en daarmee niet behoeft te worden aangemeld bij de Commissie, mits aan een aantal voorwaarden wordt voldaan.³⁴

29 Voor een overzicht zie bijv. R. Whish, *Competition law*, Lexis Nexis London 2003, p. 231-237.

30 Whish 2003, p. 231 en 234; Ross 2000, p. 24.

31 Ross 2000, p. 24.

32 Arrest van het Hof van 23 oktober 1997, Zaak C-157/94, *Jur.* 1997, I-05699 (Commissie tegen Nederland), punt 43.

33 Prosser 2005, p. 138; Ross 2000, p. 25; vgl. ook Knops e.a. 2006, par. 3.

34 HvJEG 24 juli 2003, zaak C-280/00; zie ook Prosser 2005, p. 151. Inmiddels heeft de Commissie een aantal besluiten genomen met betrekking tot staatssteun bij de uitoefening van diensten van algemeen belang. Het gaat onder andere om een vrijstellingsbeschikking (*PbEG* 2005, L312/67), een kaderregeling (*PbEG* 2005, C 297/4) en een transparantierichtlijn (wijziging van richtlijn 80/723/EEG). De vrijstellingsbeschikking en de kaderregeling hebben betrekking op de compensaties voor ondernemingen die belast zijn met een dienst van algemeen economisch belang en waarbij die compensatie in beginsel staatssteun oplevert. (De compensatie levert geen staatssteun op als aan de vier voorwaarden uit het Altmark-

Een beroep op artikel 86 lid 2 EG-verdrag slaagt dus niet gemakkelijk, maar lijkt wel vaker succesvol dan voorheen.³⁵

3.3 Mededeling Commissie over diensten van algemeen belang 1996

De Europese Commissie bracht in 1996 een mededeling uit over de diensten van algemeen belang,³⁶ te beschouwen als de voorloper van het eerdergenoemde Groenboek en Witboek. In de Mededeling staat onder andere het volgende:

‘6. De Europese samenlevingen hechten waarde aan de diensten van algemeen belang die zij in het leven hebben geroepen. Deze diensten beantwoorden namelijk aan fundamentele behoeften. De functie van bindmiddel voor de maatschappij die deze diensten vervullen geldt niet alleen voor de materiële aspecten. Er is ook een symbolische dimensie aan verbonden: die diensten van algemeen belang bieden bakens aan de samenleving en maken deel uit van de band tussen de burgers en de samenleving. Zij vormen daardoor een element van culturele identiteit voor alle Europese landen, dat ook in het dagelijks leven doorwerkt.’

(...) 8. In het middelpunt van al deze overwegingen staat het belang van de burger, dat in onze samenlevingen de garantie vereist van toegang tot als wezenlijk beschouwde diensten en dat verlangt dat er prioritaire doelstellingen worden nagestreefd. De diensten van algemeen belang staan dus open voor de gehele samenleving en bijgevolg voor alle burgers. Hetzelfde geldt in de Gemeenschap voor de universele dienstverlening.’

Ofschoon de bewoordingen in deze passage een zekere ‘vaagheid’ niet kan worden ontzegd, is opvallend dat hier geen technisch-juridische uitleg van de begrippen algemeen belang en universele dienstverlening wordt gehanteerd. Integendeel, de nadruk wordt gelegd op de functie van dergelijke diensten ‘als bindmiddel voor de maatschappij’ en op de ‘symbolische dimensie’, waaronder het feit dat diensten van algemeen belang ‘deel uit maken van de band tussen de burgers en de samenleving’. Het is mijns inziens niet eenvoudig

arrest is voldaan). Compensatie die onder de vrijstelling valt, hoeft niet bij de Commissie te worden aangemeld. De kaderregeling geeft aan in welke gevallen compensatie die wel moet worden aangemeld, als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt kan worden beschouwd. De transparantierichtlijn heeft betrekking op ondernemingen die een dienst van algemeen belang uitvoeren en daarbij ook andere activiteiten uitvoeren. Zij dienen bijvoorbeeld een gescheiden boekhouding te voeren, om kruissubsidiëring tegen te gaan. Zie over dit pakket nader: L. Hancher & S.J.H. Evans, ‘Altmark als katalysator: het Commissiepakket met alle antwoorden rond staatssteun en diensten van algemeen economisch belang?’, *NTER* 2006, p. 153-159; F.D. Schild, ‘Staatssteun en diensten van algemeen economisch belang: supersnel internet en oud papier’, *AA* 2006, p. 182-187.

³⁵ Zie ook Whish 2003, p. 235-236.

³⁶ De diensten van algemeen belang in Europa (*PbEG* 1996, C 281/3).

om hier uit af te leiden wat de universele dienstverplichtingen precies voor rol spelen, maar er is wel 'in negatieve zin' uit op te maken dat zij niet louter meer een rol spelen als correcties op marktfalen die noodzakelijk zijn ter bevordering van de mededinging en het bereiken van de interne markt. Die laatste doelen zijn zeker niet losgelaten, maar er lijkt wel een dimensie te zijn bijgekomen in 1996, die – wellicht noodzakelijkerwijs wat abstract – kan worden aangeduid met de term sociale solidariteit.³⁷ Prosser omschrijft dat als het idee dat de staat plichten heeft om de gelijke behandeling van burgers te verzekeren, onafhankelijk van hun economische middelen.³⁸

De reden van deze andere benadering is te vinden op het politieke vlak. Enerzijds bestaat in de EU de nadruk op mededinging. In die benadering kan het verschaffen van publieke diensten het beste worden ondernomen *binnen* de markt, waarbij het normale mededingingsrecht wordt toegepast. Aan de andere kant is er het model dat gebaseerd is op de publieke dienst uit de continentale traditie (voornamelijk Frankrijk met zijn sterk ontwikkelde doctrine over *services publics*),³⁹ waarin de publieke dienst als bedreigd wordt beschouwd door de toepassing van het mededingingsrecht.⁴⁰ De sociale solidariteit is de grondslag van deze doctrine van de *services publics*.

De politieke discussie over deze twee verschillende uitgangspunten is na de totstandkoming van het Verdrag van Maastricht uit 1992 verhevigd. Aan de beginselen van het verdrag is toen een artikel toegevoegd, waarin onder andere staat dat de lidstaten en de Gemeenschap een economische politiek uitvoeren in overeenstemming met het principe van een open markteconomie met vrije mededinging.⁴¹ De nadruk leek zo wel erg op de vrije mededinging te komen liggen. Volgens Buendia Sierra en Prosser ontstond in reactie daarop een sterke campagne voor een verdragswijziging om duidelijker de belangrijke rol van de publieke dienst erkend te krijgen. Belangrijkste spelers hierin waren de regeringen van België en Frankrijk, het CEEP (Centre Européen des Entreprises à Participation Publique) en het ISUPE, ook een internationale groep van publieke ondernemingen, net als het CEEP.⁴²

In 1995 produceerde het CEEP voorstellen om artikel 86 lid 2 (toen nog: art. 90 lid 2) te vervangen door een nieuw artikel. In de nieuwe bepaling zouden de doelen en verplichtingen van diensten van algemeen belang duide-

37 Zie over deze mededeling van de Commissie ook Ross 2000, p. 31.

38 Prosser, p. 35.

39 Zie hierover bijv. T. Prosser, 'Public service law: privatization's unexpected offspring', *Law & Contemp. Probs.* 2000, p. 75-77, par. 5, te vinden op <www.law.duke.edu/journals/63LCP Prosser>; D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, *Op het spoor van de concessie. Een onderzoek naar het rechtskarakter van de concessie in Nederland en in Frankrijk* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 172-190.

40 Prosser 2005, p. 153-154; J.L. Buendia Sierra, *Exclusive rights and state monopolies*, Oxford: Oxford University Press 1999, p. 330. Vgl. ook Schild 2006, p. 184.

41 Artikel 4. Zie ook Prosser 2005, p. 154.

42 Buendia Sierra 1999, p. 330-331; Prosser 2005, p. 154.

lijk staan verwoord. De voorstellen ontvingen echter kritiek; zo zou de nadruk te veel liggen op bescherming van monopolies die worden verschaft om diensten van algemeen belang uit te kunnen oefenen.⁴³

Het Europees Parlement drong echter ook aan op een betere definiëring van rechten met betrekking tot diensten van algemeen belang,⁴⁴ waarop de Commissie de mededeling uit 1996 publiceerde. Hierin benadrukte zij dat het totstandbrengen van de interne markt en mededinging aan de ene kant, in balans moest worden gebracht met doelen van algemeen belang aan de andere kant.⁴⁵ De Commissie verwierp in de mededeling een wijziging van artikel 86. Zij wilde echter wel de diensten van algemeen belang een belangrijker plaats geven.⁴⁶ Die belangrijker plaats kwam sneller dan wellicht gedacht, namelijk door de invoering van artikel 16 in het EG-verdrag het jaar erna.⁴⁷

3.4 Artikel 16 EG-verdrag

3.4.1 Inleiding

Artikel 16 EG-verdrag is bij het Verdrag van Amsterdam geïntroduceerd. Het artikel trad in werking op 1 mei 1999 en luidt:

‘Onverminderd de artikelen 73, 86 en 87 en gezien de plaats die de diensten van algemeen economisch belang in de gemeenschappelijke waarden van de Unie innemen, alsook de rol die zij vervullen bij het bevorderen van sociale en territoriale samenhang, dragen de Gemeenschap en de lidstaten er, in het kader van hun onderscheiden bevoegdheden en binnen het toepassingsgebied van dit Verdrag zorg voor dat deze diensten functioneren op basis van beginselen en voorwaarden die hen in staat stellen hun taken te vervullen.’

Wat is de betekenis van artikel 16? Hierover verschillen de meningen.

43 Buendia Sierra 1999, p. 330-331; Prosser 2005, p. 154-155.

44 Prosser 2005, p. 155.

45 Mededeling Commissie. De diensten van algemeen belang in Europa (*PbEG* 1996, C 281/3), punt 19.

46 Mededeling Commissie. De diensten van algemeen belang in Europa (*PbEG* 1996, C 281/3), punt 71-74.

47 Prosser 2005, p. 158.

3.4.2 Bevestiging van bestaande praktijk

Een mogelijke uitleg is dat artikel 16 EG-verdrag louter een bevestiging is van het reeds bestaande mededingingsrecht op dit terrein.⁴⁸ Degenen die deze opvatting huldigen zien artikel 16 dan ook voornamelijk als een symbolische bepaling, zonder juridische betekenis.⁴⁹

Artikel 16 verwijst uitdrukkelijk naar de artikelen 73, 86 en 87. In paragraaf 3.2 refereerde ik al kort aan de uitgebreide jurisprudentie op het terrein van artikel 86. De verwijzing naar dit artikel lijkt erop te wijzen dat deze jurisprudentie ook van toepassing blijft na de introductie van artikel 16 EG-verdrag. Ten tweede is er een verklaring bij het verdrag opgenomen, waarin staat dat de bepalingen van artikel 16 'over openbare diensten worden uitgevoerd met volledige inachtneming van de jurisprudentie van het Hof van Justitie, onder meer wat de beginselen van gelijke behandeling, kwaliteit en continuïteit van deze diensten betreft'.⁵⁰

Bovengenoemde interpretatie wordt bestreden met het argument dat het niet waarschijnlijk is dat de lidstaten geen enkele wijziging hebben beoogd toen artikel 16 werd geïntroduceerd.⁵¹ De discussie die werd gevoerd over diensten van algemeen belang, ging na de eerdergenoemde mededeling van de Commissie uit 1996 door. Onder andere werd erover gesproken op de intergouvernementele conferentie die uitmondde in het Verdrag van Amsterdam van 1997. Er werd weer een aantal verschillende voorstellen voor hervorming gedaan, onder andere door de Franse en Duitse delegatie, door CEEP en door het Europees Parlement.⁵² De uitkomst, zoals opgenomen in het Verdrag van Amsterdam, week af van al deze voorstellen. Prosser verklaart dit uit de grote politieke verdeeldheid tussen de lidstaten. Uiteindelijk werd overeenstemming bereikt over een door Frankrijk geïnspireerd amendement waarin het nieuwe artikel 16 werd toegevoegd.⁵³

Uit deze totstandkomingsgeschiedenis kan inderdaad mijns inziens worden afgeleid dat het in ieder geval van een deel van de lidstaten, evenals van het Europees Parlement, nadrukkelijk de bedoeling is geweest om een wijziging door middel van artikel 16 EG-verdrag aan te brengen. Echter, in de eerste plaats is niet gezegd dat de bedoeling van de wetgever, met alle politieke dimensies die daaraan ten grondslag liggen, ook uiteindelijk de juridische

48 L. Hancher, 'Community, State and Market' in: p. Craig & G. de Búrca (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford: Oxford University Press 1999, p. 730-731. Hancher ziet artikel 16 als een verduidelijking van wat al bleek uit de rechtspraak van het HvJ; Vgl. ook Buendia Sierra 1999, p. 329-334.

49 Buendia Sierra 1999, p. 329-334.

50 Verklaring 13 bij het Verdrag, waarin overigens nog over artikel 7 D wordt gesproken. Zie hierover ook Ross 2000, p. 29.

51 Ross 2000, p. 29; Prosser 2005, p. 160.

52 Prosser 2005, p. 159.

53 Prosser 2005, p. 159.

betekenis zal gaan weergeven. Ten tweede is de vraag uiteraard, *welke* wijziging nu precies heeft plaatsgevonden.

3.4.3 *Meer macht aan de lidstaten wat betreft diensten van algemeen belang*

Een andere mogelijke interpretatie van artikel 16 is dat de bepaling meer macht geeft aan de lidstaten om zelf beleid te voeren ten aanzien van diensten van algemeen belang.⁵⁴ Deze interpretatie zal met name corresponderen met de wil van die landen, die sterk hebben geijverd voor de invoering van artikel 16, omdat zij van mening waren dat de liberalisering doorschoot. De toegenomen liberalisering heeft de bevoegdheid van de lidstaten om eigen regels te stellen met betrekking tot voorzieningen als energie en telecommunicatie doen afnemen. In die zin zou artikel 16 EG-verdrag door sommige lidstaten dus zijn bedoeld als een tempering van de liberalisering, of als een defensieve reactie op de toenemende rol die de EU speelt als het gaat om diensten van algemeen belang.⁵⁵

Deze uitleg van artikel 16 wordt bestreden met het argument dat, indien de bedoeling zou zijn geweest om de lidstaten meer bevoegdheden te geven op het terrein van diensten van algemeen belang, in de bepaling had kunnen worden opgenomen dat dergelijke bevoegdheden aan de lidstaten worden overgelaten. Dat staat er echter niet.⁵⁶

Een nader argument dat tegen deze interpretatie van artikel 16 wordt aangevoerd is dat het debat binnen Europa zich niet zozeer richt op de lidstaten die diensten van algemeen belang zouden moeten verschaffen, maar dat men op zoek is naar een communautair begrip 'dienst van algemeen belang'. Mijns inziens lijkt inderdaad uit de ontwikkeling van universele dienstverplichtingen en de dienst van algemeen belang te volgen dat in ieder geval de Commissie er op uit is om de diensten van algemeen belang onder het gemeenschapsrecht te laten vallen.⁵⁷

3.4.4 *'Promotie' tot beginsel*

Een derde mogelijke interpretatie van artikel 16 is dat met de invoering van deze bepaling de diensten van algemeen belang zijn 'gepromoveerd' van een begrip dat alleen in het mededingingsrecht voorkwam, naar een beginsel van gemeenschapsrecht. Met name de plaatsing van artikel 16 in Deel I van het

⁵⁴ Ross 2000, p. 30.

⁵⁵ Flynn 1999, p. 199. Vgl. Prosser 2005, p. 160-161. Vgl. ook Szyszczak 2001, p. 35, die het overigens met de genoemde interpretatie oneens is.

⁵⁶ Ross 2000, p. 30; Prosser 2005, p. 160-161.

⁵⁷ Vgl. Szyszczak 2001, p. 35 en p. 63.

verdrag, tussen de overige algemene regels, geeft voeding aan deze uitleg.⁵⁸ De onderliggende waarden van het verlenen van diensten van algemeen belang staan op één lijn met meer gevestigde fundamentele waarden als non-discriminatie en gelijke behandeling. Ook de zinsnede 'de plaats die de diensten van algemeen economisch belang in de gemeenschappelijke waarden van de Unie innemen, alsook de rol die zij vervullen bij het bevorderen van sociale en territoriale samenhang' zou in die richting wijzen.⁵⁹

Tevens zou artikel 16 van fundamenteel belang zijn omdat het een positieve plicht legt op de lidstaten (meer dus dan alleen de mogelijkheid van een mogelijke afwijking van het mededingingsrecht) om ervoor te zorgen dat het Europese concept van diensten van algemeen belang wordt gerespecteerd. Bovendien staat er nadrukkelijk dat de lidstaten deze diensten moeten faciliteren.⁶⁰

3.4.5 Europees burgerschap

In vervolg op de voorgaande interpretatie, namelijk dat artikel 16 EG-verdrag er in ieder geval voor zorgt dat de voorziening van diensten van algemeen belang als beginsel in de Europese Gemeenschap heeft te gelden, wordt ook wel gesteld dat de bepaling betekenis heeft voor de ontwikkeling van een Europees burgerschap.⁶¹ Dit gaat mijns inziens wel verder dan een strikt juridische uitleg van artikel 16.

Hoe kan artikel 16 EG-verdrag worden gezien als een versterking van Europees burgerschap? De gedachte is dat artikel 16 in ieder geval weergeeft dat de voorziening van diensten van algemeen belang in de Europese Gemeenschap als dusdanig belangrijk wordt beschouwd dat zij als beginsel staat opgenomen. Het gaat dan niet zozeer om de diensten van algemeen belang als zodanig, maar wel om de erkenning dat er waarden aan ten grondslag liggen, die beschermenswaardig zijn en waarover in de Europese Gemeenschap enigerlei mate van consensus bestaat.⁶² Deze beschermenswaardige belangen worden niet gevormd door het bevorderen van de interne markt of het vergroten van efficiëntie. Het gaat om wat Ross noemt: post-markt belangen.⁶³ Doordat geëist wordt dat alle afnemers, dat wil zeggen alle burgers in de EU, toegang hebben tot dergelijke essentiële diensten, worden gelijke mogelijkheden

58 Prosser 2005, p. 139. Zie ook Speech/03/63 door Romano Prodi, president van de Europese Commissie, op 5 februari 2003 over Services of general economic interest and the European mode of development, voor CEEP (the European Centre of Enterprises with Public Participation and of Enterprises of General Economic Interest). Te vinden via de website van de Europese Unie, <<http://europa.eu>>, via Europese Commissie, Press room, Press Releases.

59 Ross 2000, p. 32; Prodi in eerdergenoemde speech.

60 Prosser 2005, p. 139.

61 Prosser 2005, p. 33; Prodi in eerdergenoemde speech.

62 Vgl. Prosser 2005, p. 139.

63 Ross 2000, p. 34.

gecreëerd en wordt economische en sociale samenhang bevorderd.⁶⁴ Er kan volgens velen pas sprake zijn van burgers die een gemeenschap vormen, als zij gedeelde waarden hebben. De selectie van welke diensten als diensten van algemeen belang hebben te gelden kan daar een rol in spelen.⁶⁵ Met andere woorden: voor alle burgers binnen de EU geldt dat sommige diensten of goederen zo essentieel zijn, dat hun voorziening zeker gesteld moet zijn. Het enkele feit dat iemand burger is van een lidstaat, geeft daar recht op.⁶⁶

De Commissie refereert hier ook aan in haar mededeling uit 2000 over diensten van algemeen belang:

‘Wegens de bijzondere plaats die de diensten van algemeen economisch belang in de gemeenschappelijke waarden van de Unie innemen, waarop in artikel 16 van het verdrag wordt gewezen, moet tegelijkertijd ook de koppeling tussen de toegang tot diensten van algemeen belang en het Europees burgerschap worden erkend.’⁶⁷

De interpretatie van artikel 16 EG-verdrag als zou het een bepaling zijn die een grote wijziging in het bestaande recht met betrekking tot diensten van algemeen belang met zich mee brengt, en die zelfs betekenis heeft voor het verwezenlijken van een Europees burgerschap, wordt ook wel bekritiseerd als een te radicale uitleg. In feite zou er geen sprake zijn van een radicale wijziging van richting; zowel voor als na het Verdrag van Amsterdam heeft de nadruk gelegen op het verrichten van de publieke diensten door middel van markten met mededinging en zijn diensten van algemeen belang gemanipuleerd om het proces van marktintegratie en liberalisering te bevorderen.⁶⁸

Duidelijkheid over de betekenis en reikwijdte van artikel 16 EG-verdrag zal er pas zijn als er een uitspraak is van het Hof van Justitie.⁶⁹ Dit lijkt een open deur, maar de voorgeschiedenis van de totstandkoming van artikel 16 laat zien dat het – uiteraard, zou ik bijna willen stellen – gaat om een politiek compromis. De politieke betekenis en de juridische betekenis zijn niet volledig te scheiden, maar ze hoeven ook niet hetzelfde te zijn. De juridische betekenis kan eventueel komen van een kaderregeling over diensten van algemeen belang, maar zal voor het overige in het bijzonder worden bepaald door de jurisprudentie.

64 Szyszczak 2001, p. 56-57.

65 Ross 2000, p. 35.

66 Voor noties van burgerschap in een geliberaliseerd Europa in meer algemene zin, zie: M. Freedland & S. Sciarra, *Public services and citizenship in European Law*, Oxford: Oxford University Press 1998.

67 Mededeling van de Commissie. Diensten van algemeen belang in Europa, COM(2000)580 def., punt 64.

68 Szyszczak 2001, p. 64-66; Prosser 2005, p. 161.

69 Prosser 2005, p. 139-140.

3.5 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie

Na en naast artikel 16 EG-verdrag is er ook een bepaling over diensten van algemeen belang opgenomen in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.⁷⁰ Dit Handvest is aangenomen op de top in Nice van december 2000 en ondertekend en afgekondigd door de voorzitters van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie.

Artikel 36 van het Handvest is getiteld 'Toegang tot diensten van algemeen economisch belang' en luidt:

'De Unie erkent en eerbiedigt de toegang tot diensten van algemeen economisch belang zoals deze is geregeld in de nationale wetgevingen en praktijken, overeenkomstig het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, teneinde de sociale en territoriale samenhang van de Unie te bevorderen.'

Hoewel er beperkingen zijn aan de juridische afdwingbaarheid van het Handvest,⁷¹ vertegenwoordigt het een verdere erkenning van de rol van toegang tot publieke diensten als een belangrijk beginsel binnen de EU.⁷² In die zin wordt deze bepaling ook weer uitgelegd, net als artikel 16 EG-verdrag, als een ontwikkeling richting meer waardering voor post-marktwaarden. De bepaling is geplaatst in hoofdstuk IV over solidariteit en daarin staan rechten op sociale zekerheid, gezondheidszorg en dus ook op toegang tot diensten van algemeen economisch belang.⁷³

3.6 Grondwettelijk verdrag

Ook in de (concept) Europese Grondwet staan regels over diensten van algemeen economisch belang. Het gaat om de volgende bepalingen:

II-96 De toegang tot diensten van algemeen economisch belang

'De Unie erkent en eerbiedigt overeenkomstig de Grondwet de toegang tot diensten van algemeen economisch belang zoals die in de nationale wetgevingen en praktijken is geregeld, teneinde de sociale en territoriale samenhang van de Unie te bevorderen.'

⁷⁰ *PbEG* 2000, C 364/17.

⁷¹ De Europese Raad van Nice heeft besloten om de juridische status van het Handvest te behandelen in het kader van het op 1 januari 2001 van start gegane debat over de toekomst van de Europese Unie. Artikel 36 is vervolgens in licht gewijzigde vorm in het concept grondwettelijk verdrag opgenomen.

⁷² Prosser 2005, p. 34 en p. 163.

⁷³ Prosser 2005, p. 124. Zie ook de eergenoemde speech van Prodi.

III-122 Functioneren diensten van algemeen economisch belang

‘Onverminderd de artikelen I-5, III-166, III-167 en III-238 en gezien de plaats die de diensten van algemeen economisch belang innemen als diensten waaraan eenieder in de Unie waarde hecht, alsook de rol die zij vervullen bij de bevordering van de sociale en territoriale samenhang van de Unie, dragen de Unie en de lidstaten er overeenkomstig hun onderscheiden bevoegdheden en binnen het toepassingsgebied van de Grondwet zorg voor dat deze diensten functioneren op basis van beginselen en onder voorwaarden, met name economische en financiële, die hen in staat stellen hun taken te vervullen.

Deze beginselen en voorwaarden worden bij Europese wet vastgesteld, onverminderd de bevoegdheid van de lidstaten om, met inachtneming van de Grondwet, dergelijke diensten te verstrekken, te laten verrichten en te financieren.’

Net als bij artikel 16 EG-verdrag, bestaat ook hier de vraag naar de precieze betekenis en reikwijdte van deze bepalingen. Daar komt bij dat het grondwettelijk verdrag bij referenda in Nederland en Frankrijk is verworpen, zodat de status van de bepalingen niet duidelijk is.

Artikel II-96 is een herhaling van artikel 36 van het Handvest. Artikel III-122 is grotendeels een herhaling van artikel 16 EG-verdrag.⁷⁴

Gezien de grote overeenkomsten tussen artikel 16 EG-verdrag en dit concept verdragsartikel, verwijs ik voor de mogelijke interpretaties onder andere naar de vorige paragraaf.⁷⁵ Zo is artikel III-122 opgenomen in Deel III (Beleid en werking van de Unie), Titel I (Algemeen toepasselijke bepalingen), waar ook artikel 16 EG-verdrag een plaats heeft bij de algemene bepalingen. Net als artikel 16, richt artikel III-122 zich niet alleen tot de EU, maar ook tot de lidstaten.⁷⁶

Hoewel de interpretatie van artikel III-122 dus deels samenhangt met de interpretatie van artikel 16, zou een vernieuwing ten opzichte van laatstgenoemde bepaling gelegen kunnen zijn in de tweede zin van III-122.⁷⁷ Door

74 Er zijn twee kleine wijzigingen in de tekst van III-122 t.o.v. art. 16, en één grotere. Zie over de kleinere wijzigingen nader: S. Rodrigues, ‘Vers une loi européenne des services publics. De brèves considérations et une proposition à propos de l’article III-6 du projet de traité établissant une constitution pour l’Europe’, *Revue du Marché commun et de l’Union européenne*, septembre 2003, no. 471, p. 507-508. Zie ook R. Barents, *Een Grondwet voor Europa. Achtergronden en commentaar*, Deventer: Kluwer 2005, p. 693.

75 Artikel III-166 lid 2 van het grondwettelijk verdrag, waar III-122 naar verwijst, is het equivalent van het huidige 86 lid 2 EG-verdrag, waardoor kan worden aangenomen dat de jurisprudentie op het gebied van laatstgenoemd artikel geldigheid houdt. Er zal dus, ook als het grondwettelijk verdrag wordt aangenomen, evenwicht worden gezocht tussen vergroting van het belang van diensten van algemeen belang enerzijds en erkenning van het feit dat een te grote vrijheid ten opzichte van ondernemingen en lidstaten met betrekking tot diensten van algemeen belang kan leiden tot een (te grote) verstoring van de marktwerking anderzijds.

76 Vgl. Rodrigues 2003, p. 507.

77 Barents 2005, p. 693.

het taalgebruik (de beginselen en voorwaarden waaronder diensten van algemeen economisch belang functioneren *worden bij Europese wet vastgesteld*) lijkt artikel III-122 een dwingend voorschrift te geven, dat de Commissie verplicht om een voorstel te doen voor een Europese regeling.⁷⁸ Dit is in lijn met wat voorstanders van een kaderrichtlijn over diensten van algemeen belang graag in artikel III-122 lezen: een mogelijkheid om eventueel een dergelijke richtlijn af te dwingen.⁷⁹ In die zin is de opname van deze bepaling in het grondwettelijk verdrag ook een toevoeging aan het bestaande artikel 16 EG-verdrag, omdat het niet tot stand brengen van een kaderrichtlijn dan als een schending van de grondwet kan worden gezien. Een mogelijke interpretatie die aan artikel III-122 wordt gegeven is dus dat het een rechtsbasis geeft voor een kaderregeling van diensten van algemeen belang.⁸⁰ Of dit de juiste interpretatie is, is niet duidelijk. Evenmin is duidelijk of deze bepaling nu juist meer of minder speelruimte aan de lidstaten geeft om zelf in de diensten van algemeen belang te voorzien.⁸¹

Om de kaderregeling is onder andere door het Europees Parlement meerdere malen gevraagd, naar aanleiding van het Groenboek en het Witboek van de Commissie. De Commissie zei in het Witboek dat de standpunten aangaande de wenselijkheid van een kaderregeling voor diensten van algemeen belang verdeeld zijn. De Commissie was daarom van mening dat er een nader onderzoek moest plaatsvinden. Bij het tijdstip van dit onderzoek moest volgens de Commissie rekening worden gehouden met het feit dat de toekomstige inwerkingtreding van het grondwettelijk verdrag en het voorgestelde artikel III-122 van de Grondwet een nieuwe mogelijke rechtsgrond zou creëren die de reeds bestaande zou aanvullen. De Commissie wilde daarom de zaak opnieuw aan de orde stellen na de inwerkingtreding van het grondwettelijk verdrag.⁸² Nu die inwerkingtreding onzeker is,⁸³ is ook de eventuele nieuwe rechtsgrond niet aanwezig en is de toekomst op dit vlak ongewis.⁸⁴

78 Rodrigues 2003, p. 508.

79 Overigens is er inmiddels wel een kaderrichtlijn over de *staatssteun* die eventueel wordt gegeven aan ondernemingen die diensten van algemeen belang uitvoeren. Zie daarover noot 32 in paragraaf 3.2. Dit is echter niet de regeling waarop de voorstanders van een grotere rol van diensten van algemeen belang op doelen in bovengenoemd debat.

80 Vgl. Rodrigues 2003, p. 503. Rodrigues schrijft overigens (in 2003) over een eerder concept van de Grondwet, waarin artikel III-122 genummerd was III-6.

81 Vgl. Barents 2005, p. 693, die overigens meent dat de bepaling meebrengt dat het in eerste instantie de lidstaten zijn die hiertoe bevoegd zijn.

82 Witboek over diensten van algemeen belang, COM(2004)374 def., punt 4.1.

83 Zie hierover J.C. Piris, *The Constitution for Europe. A legal analysis*, Cambridge: Cambridge University Press 2006.

84 Dat wil niet zeggen dat iedere ontwikkeling op het terrein van diensten van algemeen belang is gestaakt. Ik wees hiervoor al even op het pakket aan maatregelen dat de Commissie heeft genomen inzake staatssteun aan ondernemingen die diensten van algemeen belang uitoefenen (zie noot 32). Tevens heeft de Commissie in april 2006 een mededeling uitgebracht over de sociale diensten van algemeen belang in de Europese Unie, COM(2006)177 def. Deze mededeling is een vervolg op het Witboek over diensten van algemeen belang.

4 CONCLUSIE

De ontwikkeling van universele dienstverplichtingen is er een geweest van een 'bijeffect' van de regulering van marktliberalisering, tot het zoeken naar, zoals Szyszczak het fraai verwoordt 'een normatieve fundering' voor het concept van de universele dienstverplichting.⁸⁵ Aanvankelijk werd vooral de nadruk gelegd op het feit dat universele dienstverplichtingen de mededinging kunnen verstoren en de totstandkoming van de interne markt hinderen. Vervolgens is er een positievere kijk op universele dienstverplichtingen ontstaan, zelfs zo ver gaand dat ze nu als concept voor een Europees burgerschap worden beschouwd. Prosser noemt dit een verschuiving van het politieke naar het recht.⁸⁶

Ik denk zelf dat er niet zozeer een ontwikkeling van het politieke naar het recht is geweest, maar dat eerder sprake is van een permanente kruisbestuiving. De universele dienstverplichtingen zijn inderdaad opgenomen om de liberaliseringspolitiek verteerbaarder te maken, maar ze zijn wel opgenomen in de sectorspecifieke regulering en daarmee onderdeel geworden van het mededingingsrecht. In de lidstaten hebben zij bovendien een behoorlijke invloed op het privaatrecht, met name op het contractenrecht, onder meer doordat er forse beperkingen van de contractvrijheid uit voortvloeien. Vervolgens heeft de sectorspecifieke regelgeving ook invloed gehad op het algemeen mededingingsrecht (zoals de jurisprudentie inzake artikel 86 EG-verdrag) en op het politieke debat, hetgeen bijvoorbeeld heeft geresulteerd in het verschijnen van het Groenboek. Daarin werd onder andere aangegeven dat de ervaringen uit de geliberaliseerde sectoren een basis konden vormen voor de ontwikkeling van algemene principes die toepasbaar zijn op diensten van algemeen economisch belang als geheel.⁸⁷ Vervolgens heeft de politiek weer een stap gezet in de richting van het opwaarderen van diensten van algemeen belang tot beginsel (in artikel 16 EG-verdrag en in het grondwettelijk verdrag) en op dit moment is het wachten op de juridische waardering daarvan.⁸⁸

De techniek, in dit geval door sommigen technocratie genoemd, heeft mijns inziens geleid tot meer nadenken over de moraal in de zin van de achtergronden van het EU-recht op dit terrein. Binnen de EU zou dit veralgemeniseerd kunnen worden: wat begint als techniek, kan het recht uiteindelijk ook wat betreft zijn grondslagen verder brengen.

Het voordeel van de route via techniek naar moraal is dat de discussie zich in eerste instantie afspeelt op één terrein, waardoor er over concrete

De sociale diensten waarop de mededeling betrekking heeft, zijn echter andere diensten dan de universele dienstverplichtingen waar deze bijdrage over gaat. Het gaat grofweg om sociale zekerheidsregelingen. Ik laat dit onderwerp hier daarom rusten.

⁸⁵ Szyszczak 2001, p. 56-57.

⁸⁶ Prosser 2005 p. 205.

⁸⁷ Groenboek over diensten van algemeen belang, COM (2003)270 def., punt 49.

⁸⁸ Vgl. Prosser 2005, p. 240 en Szyszczak 2001, p. 76.

wetgeving en concrete casus kan worden gesproken. Bij universele dienstverplichtingen is helder dat bedrijf X de telefoon moet aansluiten bij eenieder die dat wenst en dat bovendien tegen redelijke voorwaarden moet doen (welke voorwaarden vaak ook gereguleerd zijn). En vanuit de zijde van de andere contractspartij gezien: burger Y heeft recht op aansluiting van telefoon tegen redelijke voorwaarden. Het gaat hier dus om concrete verplichtingen en rechten, die gestalte krijgen in een contractuele relatie en die voor de rechter kunnen worden afgedwongen. De discussie die vervolgens zal blijven spelen is voor welke diensten dergelijke verplichtingen c.q. rechten moeten gelden. Zouden ook voor bancaire diensten bijvoorbeeld universele dienstverplichtingen in het leven moeten worden geroepen? En hoe staat het met verzekeringen?⁸⁹

Vanuit die positie wordt dan een poging gewaagd om te komen tot achterliggende waarden en dat blijkt niet eenvoudig. Want wat is 'de moraal'? Wat zijn de achterliggende waarden van de universele dienstverplichtingen? In het voorgaande zijn ze benoemd als 'post-marktwaarden' en als 'sociale solidariteit', maar wat betekenen die begrippen? Iets concreter was de constatering dat er gemeenschappelijke kenmerken bestonden, namelijk universaliteit, continuïteit, kwaliteit, betaalbaarheid en consumentenbescherming. Verder dienen de verplichtingen op transparante en non-discriminatoire wijze te worden uitgevoerd (en gefinancierd!).

Grofweg zou kunnen worden gesteld dat het gaat om de verzoening van waarden die van oudsher ten grondslag liggen aan het mededingingsrecht enerzijds en sociale solidariteit anderzijds.⁹⁰ Als primair doel van het mededingingsrecht geldt traditioneel het verwijderen van beperkingen van de mededinging. Het mededingingsrecht is de manier waarop markten open en competitief worden gehouden. De gedachte is dat een open markt leidt tot het maximaliseren van de efficiëntie, waardoor een zo groot mogelijke welvaart voor de afnemers kan worden bereikt.⁹¹ Een ander doel van het mededingingsrecht is echter redistributie, of herverdeling van welvaart.⁹² Universele dienstverplichtingen hebben bij uitstek een redistributief effect.⁹³ Door toepassing van universele dienstverplichtingen kan kruissubsidiëring plaatsvinden van welvarender afnemers naar armere afnemers.⁹⁴ De voorzieningszekerheid, de gedachte dat bepaalde diensten zo essentieel zijn dat eenieder daar tegen een redelijke prijs toegang tot moet hebben, heeft met distributieve rechtvaardigheid te maken. Universele dienstverplichtingen kunnen dus niet louter als

⁸⁹ Vgl. Houben 2005, p. 43-45.

⁹⁰ Vgl. Prosser 2005, p. 38 en p. 237.

⁹¹ Szyszczak 2001, p. 38; Whish 2003, p. 2-6, die overigens aangeeft dat dit het meest eenvoudige model is, dat niet onverkort geldt. Zie ook Prosser 2005, p. 18, met verwijzing naar de *Chicago school* en andere economische theorieën.

⁹² Whish 2003, p. 18-19.

⁹³ Prosser 2005, p. 24.

⁹⁴ Szyszczak 2001, p. 56-57.

hindernissen voor de mededinging en daarmee als vreemd aan doelen van mededingingsrecht worden beschouwd. De vraag of de geconstateerde tegenstelling tussen ‘marktwaarden’ en ‘post-marktwaarden’ wel altijd zo scherp is als zij lijkt, is dus legitiem, hetgeen in het voorgaande aan de orde is gekomen bij de bespreking van artikel 16 EG-Verdrag.⁹⁵

De concrete vormgeving van de achterliggende waarde(n) van universele dienstverplichtingen is nog niet bereikt. Die zal bijvoorbeeld afhangen van de betekenis die artikel 16 EG-verdrag (en eventueel artikel III-122 grondwettelijk verdrag) in concrete casus zou kunnen krijgen. Zou met een beroep op artikel 16 inderdaad een kaderregeling kunnen worden afgedwongen en zo ja, wat moet er dan eigenlijk in zo’n kaderregeling staan? Wat kan een justitiebele daar uiteindelijk mee?

Het kritische, zo niet cynische, redactionele commentaar waar deze bijdrage mee begon, bevat een kern van waarheid. De vraag is in hoeverre de sociale component vanuit Europa alleen met de mond wordt beleden. Zal hij juridisch gestalte krijgen? Een debat over de grondslagen van het recht is niet bepaald gemakkelijk te realiseren, maar het is wel van – letterlijk – fundamenteel belang. De route om daarbij uit te gaan van bestaande regelgeving, zoals sectorspecifieke wetgeving met betrekking tot universele dienstverplichtingen, en vervolgens te kijken wat daarin gemeenschappelijke waarden zijn, lijkt me niet zo’n slechte. Een debat over marktwerking versus sociale solidariteit in het luchtledige is weinig zinvol; een debat daarover naar aanleiding van concrete verdragsbepalingen en concrete casus kan dat wel zijn.

⁹⁵ Vgl. het commentaar van Szyszczak op de interpretatie van artikel 16 EG-verdrag als een grote wijziging in het bestaande recht in par. 3.4.